



関西学院大学リポジトリ

Kwansei Gakuin University Repository

相殺の抗弁と重複訴訟禁止に係る判例理論に関する一考察

著者	吉田 元子
雑誌名	法と政治
巻	69
号	2上
ページ	309(737) - 363(791)
発行年	2018-08-30
URL	http://hdl.handle.net/10236/00027234

相殺の抗弁と重複訴訟禁止に係る 判例理論に関する一考察

論

説

吉 田 元 子

- I 問題の所在
- II 問題の諸相
- III 平成3年判決
- IV その後の判例の展開
- V 結語

I 問題の所在

相殺（民法新505条⁽¹⁾以下）は、民法上の形成権の1つであり、民事訴訟では基本的に抗弁として用いられている。例えば、貸金返還請求訴訟を起こされた被告が、自らも原告に対して別に債権を有しているとし、当該債権を自働債権として訴求債権と対当額で相殺する旨を主張する、という用い方である。

相殺の抗弁は、訴訟の様々な局面において様々な形で問題とされている。

（1）以下、現行民事訴訟法の条文引用に際しては、法規名は記載しない。民法の条文は基本的に現行法を基準とし、必要に応じて平成29年法律第44号改正法にも言及する。その際には、条文前に「新」と付記する。

引用文中に表記された条文は、原典のまま記し、それが現行法でない場合には、直後に亀甲カッコを用いて現行法の対応条文を注記する。なお、引用文中に筆者が何らかのコメントを付す場合にも、同様に亀甲カッコに入れるものとする。

相殺の抗弁は訴訟上の形成権行使であるため、その法的性質から効果を演繹的に特定し難いことが、その一因であると推測されている。⁽²⁾ 相殺の抗弁はまた、訴訟における自働債権の行使、という実質的には反訴に類似する性質を有しているので、弁済（民法新473条以下）などの他の抗弁とは異なる取扱いをされる場面も少なくない。例えば、各当事者からの主張の審理順序は、裁判所の裁量で決められるのが通常であるが、相殺の抗弁の審理については、当事者が一般に希望するところに従って、他の抗弁の審理が尽きた場合にはじめて実施される。また、既判力は、訴訟物についての判断にのみ生じるのが原則であるが（114条1項）、相殺に供された債権の存在または不存在は、判決理由中の判断であるにもかかわらず、既判力を生じる（同条2項）。

本稿においては、相殺の抗弁をめぐる諸論点の中から、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止（142条）の問題を採り上げる。これは、係属中の訴訟の訴求債権を別訴で相殺の抗弁の自働債権として提出したり（以下、「訴え先行型」）、それとは反対に、訴訟で相殺の抗弁の自働債権として提出した債権を別訴で改めて訴求したり（以下、「抗弁先行型」）することが適法か否か、という形で問題とされている。本稿は、これらのうち、訴え先行型における判例理論と、その先例的価値の捉え方について、改めて考察を試みるものである。

さて、142条は、「裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない。」と規定している。相殺の抗弁は、あくまでも訴訟上の主張であり、訴えではない。しかし、かねてより解釈論として、142条の類推適用の許否が問題とされている。具体的には、1つの債権が時期を重ねて2種類の役割、すなわち一方では訴訟物として、他方

（2） 田中誠人「相殺の抗弁に関する一考察」三重法論22巻2号125頁（2005）。

では相殺の抗弁の自働債権という防御方法として用いられ得るか、という問題である。

この問題については、最高裁の立場表明が長く待たれていたが、平成3年に訴え先行型の事案に対する判決において、その一般的な立場が示された。すなわち、最高裁平成3年12月17日第三小法廷判決民集45巻9号1435頁（以下、「平成3年判決」）において、最高裁は、既に係属中の別訴の訴求債権を本訴の相殺の抗弁の自働債権として提出することは、142条の趣旨に反し許されない、と判示した。さらに、傍論においては、この結論は、双方の訴訟手続の異同を問わず妥当する、とした。これを受けて、学説は、平成3年判決を、訴え先行型について、手続の異同に関わらず、相殺の自働債権とすることは不許とすることを一般論として示したリーディング・ケース、と位置づけた。そして、同判決を、その後の最高裁平成10年6月30日第三小法廷判決民集52巻4号1225頁（以下、「平成10年判決」）、最高裁平成18年4月14日第二小法廷判決民集60巻4号1497頁（以下、「平成18年判決」）、および、最高裁平成27年12月14日第一小法廷判決民集69巻8号2295頁（以下、「平成27年判決」）を検討する際の前提としている。

しかし、平成3年判決とそれ以降の諸判決との整合性をめぐっては、現在も議論が続いている。議論は、一方で、平成3年判決の先例的価値を裏付けるべく、同判決と新たな判決との整合性を探索する方向へ、他方で、平成3年判決の変更を求める傾向を加速する方向へ進んでいる。⁽³⁾

そこで、本稿においては、上記の判例および学説の状況を、それらの出

(3) そのような傾向の指摘として、例えば、笠井正俊／越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕』（日本評論社、2013）660頁〔林昭一〕。ただし、平成3年判決の変更を主張する論者が、具体的に何を以てそれが実現されると考えているかは、必ずしも明確ではない。

発点と思しき平成3年判決の先例的価値の評価に立ち戻って、改めて考察していくこととする。本考察は、ある論点に関する新しい最高裁判決の結論を支持することと、当該判決に先例的価値、ひいては事実上の拘束力を是認することとは、論理必然的な流れであるのか、という素朴な疑問に基づく。そして、判例が集積しつつある訴え先行型をめぐる議論の新展開を促す、柔軟性ある視点の必要性和許容性を示すことを目的とする。

以下では、まず、相殺の抗弁および重複訴訟の禁止について概観し、両者の関係について問題を整理する（Ⅱ）。次に、平成3年判決およびその後の3つの最高裁判決について、判例の展開を分析するとともに、これらの判決に対する学説の状況を分析する（ⅢおよびⅣ）。その上で、平成3年判決の位置づけを含め、この問題の進展へ向けた鳥観図としての柔軟な視点について、考察を試みる（Ⅴ）。

Ⅱ 問題の諸相

1 相殺の抗弁

まず、相殺の抗弁が他の抗弁と一線を画して取り扱われている場面のうち、本稿の問題と関連が深い既判力および審理順序に関する相殺の抗弁の取扱いについて、必要な範囲で確認する。

（i）既判力

相殺のために主張した請求の成立または不成立の判断は、判決理由中の判断であるにもかかわらず既判力を生じる（114条2項）。既判力の客観的範囲は、原則として主文に包含された判断のみであるが（同条1項）、相殺の抗弁は明文規定に基づくその例外である。

例外として認められることの正当性は、裁判所が請求債権の存在を認定し、被告が相殺の抗弁の自働債権として提出した反対債権について審理をした場合、当該訴訟において反対債権の存否も審判されたと考えられる点
312(740) 法と政治Ⅰ 69巻2号（2018年8月）

に見出されている。訴求債権の存在が認定され、かつ、反対債権の存在も認定されて、両債権が相殺によって消滅したとき、あるいは、反対債権の不存在が認定されて相殺の抗弁が排斥されたときには、反対債権についても、“反対債権は存在したが相殺で消滅した（よって、今では存在しない）”，あるいは，“反対債権はそもそも存在していなかった（当然、今も存在しない）”との判断が実質的になされている⁽⁴⁾。その結果、訴訟物に加えて反対債権をめぐる争いも当該訴訟の審判を通じて解決されたと認められる。それゆえ、相殺の自働債権に供された反対債権の存否についての判断も、既判力を生じる。もしも、これらの場合に反対債権の存否についての判断が既判力を生じないとするならば、反対債権をめぐる再び訴えを提起して審理を求めることが可能になってしまう。その意味では、相殺の抗弁に供された債権の存否の判断は、むしろ既判力を生じるべきである、とさえ言えるかもしれない⁽⁵⁾。

（ii）審理順序

民事訴訟においては、通常、被告が複数の防御方法を主張した場合に、それらの中のいずれから順番に審理するか判断は、裁判所の裁量に委ねられている。被告が裁判所に対して、提出した複数の防御方法の審理順序を指定したとしても、それはあくまでも被告の希望の表明に過ぎず、裁判

（４） なお、訴求債権と反対債権の存在がともに認められ、相殺の抗弁を容れて請求棄却判決が出された場合における既判力の内容については、口頭弁論終結時における反対債権の不存在、訴求債権と反対債権の存在およびそれらの相殺による消滅など見解が分かれているが、本稿では論点の存在を指摘するに留める。

（５） 例えば、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第２版〕』（日本評論社、2006）（以下、「コンメⅡ」）467頁、三宅省三／塩崎勤／小林秀之編代『注解民事訴訟法Ⅱ』（青林書院、2000）450-452頁〔住吉博〕、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第２版〕』（弘文堂、2011）（以下、「条解」）543頁〔竹下守夫〕。

所を拘束するものではない。

その正当性は、審理順序を裁判所の裁量に委ねても、被告に実質的な不利益の生じる危険がほとんどない点に見出されている。すなわち、被告の提出した抗弁のうちいずれか1つが認められれば、当該抗弁に対する再抗弁が原告から提出されない限り、「その余の主張について判断するまでもなく」請求は棄却され、被告の勝訴となる。また、抗弁についての判断は判決理由中の判断であり、原則として既判力を生じないので（114条1項参照）、被告は、抗弁に供した事実を後日別の訴訟で再び主張することができ、その際に当該事実について前訴のときと異なる内容を主張することも可能である。したがって、裁判所が認めやすそうな防御方法を選んで先に審理し認めてくれることは、一般には、早期の勝訴という被告の利益につながる。

しかし、相殺の抗弁の場合、他の抗弁とは異なり、審理順序によって被告に不利益が生じる危険がある。被告にとっての全面的な勝訴判決とは、“訴求債権の存在は認められない”という理由に基づく請求棄却判決であるが、相殺の抗弁を主張した事案においては、請求棄却判決の理由は必ずしもそうとは限らない。すなわち、“訴求債権は存在したが、相殺の抗弁が容れられ訴求債権が消滅した”との理由の場合もあり得る。これらの場合のいずれも、判決主文は請求棄却であり、その限りで被告が勝訴したようにも見える。しかし、相殺の抗弁を容れた後者の請求棄却判決は、被告の言い分の中核である“訴求債権の不存在”が、実質的に認められなかったことを前提としている。

後者の場合における請求棄却判決は、裁判所が、訴求債権の存在を認めた上で、相殺の抗弁に供されていた反対債権も対当額以上存在すると認め、訴求債権と対当額で消滅させた結果である。訴求債権の存否を争っている以上、自己の債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出したからと言って、

被告が“訴求債権は存在するが、相殺の抗弁に供された反対債権も存在する”という理由に基づく請求棄却判決を、“訴求債権の不存在”と同程度に積極的に希望している、と理解することは現実的でない。そのように理解することは、制限付自白とも考えられ得る。

要するに、相殺の抗弁は、“訴求債権は不存在”との主張が認められず、請求認容判決が現実味を帯びてきた場合に備えた、言うなれば保険と考えるほうが自然である。以上の事情に照らして、相殺の抗弁は、一般に、他の抗弁が尽きた後でという被告の希望に従って、後順位で審理される⁽⁶⁾。一方で、請求原因事実に対する被告の自白の成立を防ぎ、他方で、既判力を生じる反対債権の存否について実体判断をする1つの方法として、このような取扱いは理に適っていると評価してよいであろう。

2 重複訴訟の禁止

(i) 142条の趣旨

142条が重複訴訟を禁止する趣旨は、一般に、次の諸点にあるとされている。まず、審理の重複に伴う訴訟不経済の防止である。重複訴訟を認めると、同一事件を重ねて審理するという非効率な作業を行うことになる。裁判所から見れば、それは限られた司法資源の無駄遣いであり、訴訟不経済の原因ともなる。また、当事者から見れば、重複訴訟を認めると、同一事件について複数の訴訟に重ねて対応するという煩雑な作業をしなくてはなくなる。さらに、相矛盾する審判の回避も挙げられる。審判は、当事者の訴訟行為および受訴裁判所の訴訟運営に基づいてなされるので、別の手続によることでそれらに差異が生じ、同一事件について異なる判決が出される可能性がある。そして、それらの判決は確定すればそれぞれに既

(6) これが、相殺の抗弁が、予備的抗弁、あるいは仮定抗弁と呼ばれる所以である。

判力を生じる。同一事件に関して相矛盾する判決の拘束力が併存することになれば、当該事件の当事者の混乱を招き、さらに潜在的訴訟利用者である市民も含め、司法への信頼が損なわれる懸念もある。⁽⁷⁾

伝統的見解は、重複訴訟から生じ得る種々の不都合の中でも、公的秩序の尊重という観点から、142条の趣旨として、相矛盾する審判の併存の回避を重視している。それに対して、近時有力な見解は、審理の重複による訴訟不経済の排除のほうに注目している。後者の見解は、反訴が独立した訴えであるにもかかわらず（146条4項参照。最高裁昭和40年3月4日第一小法廷判決民集19巻2号197頁も参照）、その審判は本訴と併合してなされるのが通常であることに着目して、142条の趣旨を、重複する“訴え提起”よりも、重複する“審理手続（訴訟）”を禁止することにあると理解し、関係者の利益を重視している。⁽⁸⁾

（ii）要件

既に係属中の訴訟（前訴）との間に事件の同一性が認められる訴訟（後訴）は、142条に基づいて不適法となる。事件の同一性は、当事者の同一性と審判対象の同一性の双方について判断されるが、概して柔軟に解釈されている。すなわち、当事者の同一性は、実質的な観点から判断され、形式的には同一とは言えない判決効の及ぶ第三者（115条）や、前訴と後訴で原告と被告が逆転している場合にも、同一性ありと認められている。また、審判対象の同一性も、当事者の同一性と同様に緩やかに解釈されており、訴訟物たる権利関係ないしその主張が同一ではなく近似しているに過⁽⁹⁾

（7）例えば、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ〔第2版〕』（日本評論社、2018）（以下、「コンメⅢ」）169頁、条解・820頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕参照。

（8）三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣、2013）339-340頁。

（9）訴訟物の概念の理解には、主に学説からの審判対象となる権利関係の316(744) 法と政治 69巻2号Ⅰ（2018年8月）

ぎない場合も、同一性ありと認められている。さらに、主要な攻撃防御方法や訴訟物である権利関係の基礎となる社会生活関係が共通であれば、同一性を認めてよい、とする見解もある。⁽¹⁰⁾

3 相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の関係

(i) 両者の関係の種類

係属中の訴訟の被告が、原告に対して自己の有する反対債権を利用しようとする場合、被告は、当該債権を別個に訴求するか、あるいは、相殺の抗弁の自働債権として係属中の訴訟の防御方法とするか、いずれの方法を採用することもできる。専ら相殺の抗弁の自働債権として用いる場合には、抗弁が訴訟上の主張に過ぎない以上、142条の適用は問題とならない。しかし、相殺の抗弁の自働債権は、それ自体独立に訴訟物になり得る債権であり、その提出は実質的には反訴の提起と近似している。⁽¹¹⁾ また、相殺に供した債権の存否についての判断は既判力を生じ（114条2項）、機能的にも訴えの提起に準じるところがある。それゆえ、同時期に訴求債権と相殺の抗弁の双方として用いられた場合に、相殺の抗弁に重複訴訟を禁じる142条を類推適用すべきか否か、換言すれば、相殺の抗弁の自働債権としての主張が142条に抵触するか否かが問題となる。

問題になる場面として、まず一般に、同一手続であるか異なる手続（分離手続）であるか、および、当該債権を訴求債権と相殺の抗弁のどちらとして先に用いたか、という2つの要素を組み合わせた4種類が考えられる。

主張と、実務からの審判対象となる権利関係という見解の相違が見られる。それによって審判対象の同一性の判断も異なってくる。

(10) 142条の要件の詳細については、例えば、コンメⅢ・175-180頁、条解・820-826頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕参照。

(11) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013）140頁参照。

具体的には、同一手続の場合は、反訴の請求債権を本訴で相殺の抗弁として供する場面と、本訴で相殺の抗弁として主張している債権を反訴で請求する場面である。そして、異なる手続の場合は、別訴の訴求債権を本訴で相殺の抗弁の自働債権として供する場面と、別訴で相殺の抗弁に供している債権を別に給付訴訟を提起して請求する場面である。各手続のうち、前者が訴え先行型、後者が抗弁先行型である。これらに加え、係属中の複数の訴訟のいずれでも相殺の抗弁に供される場面、いわゆる抗弁併存型も存在する⁽¹²⁾。現在までのところ、抗弁先行型については、最高裁判決が未だ存在せず、下級審の裁判例は分かれている⁽¹³⁾。

(ii) 訴え先行型における学説の対立

訴え先行型における相殺の抗弁の許否をめぐることは、学説上、相殺許容説と相殺不許容説とが対立している。

相殺許容説は、142条の類推適用を認めず、相殺の抗弁の提出を許す見解であり⁽¹⁴⁾、従来多数説とされていた見解である。相殺許容説は、相殺の抗

(12) 梅本吉彦『民事訴訟法〔第4版〕』（信山社、2009）275頁、松本博之『訴訟における相殺』（商事法務、2008）124頁、高橋・前掲注(11)144-145頁。

(13) 142条の類推適用を否定し別訴の提起を許容する裁判例として、例えば、東京地裁昭和32年7月25日判決下民集8巻7号1337頁、類推適用を認め別訴を不許とする裁判例として、例えば、大阪地裁平成8年1月26日判決判時1570号85頁、東京高裁平成8年4月8日判決判タ937号262頁など。裁判例の流れを見る限り、平成3年判決を境に、下級審は抗弁先行型についても、142条に抵触せず別訴の提起は許容されとする同判決以前の方向から、別訴の提起を不許とする方向へと舵を切っているように思われる。

(14) コンメⅡ・470頁、条解・823-824頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕、越山和広『ベーシックスタディ民事訴訟法』（法律文化社、2018）301頁、中野貞一郎『民事訴訟・執行法の世界』（信山社、2016）106頁、中野貞一郎／酒井一「判批」民商107巻2号241頁以下、250頁（1992）〔中野〕、石渡哲『民事訴訟法講義』（成文堂、2016）118-119頁、松本博之／上野泰男『民

弁が訴訟上の主張に過ぎないことに留意し、実体法で一般に指摘されている相殺の機能である、簡易決済機能および担保的機能の実現を重視する。相殺は、債権債務関係を清算するに当たって、当事者双方が別々に各自の債務を弁済したり、一方当事者が債務名義を得て強制執行したりする手間をかけず、簡易迅速な決済の実現を可能にする（簡易決済機能）。また、相殺権者は、自己の債権を相殺の自働債権にすることで、事実上債権質権者のような地位を得、少なくとも対当額分は確実に債権を回収することが可能になる（担保的機能）。相殺の抗弁に供された債権が、先行する訴求債権の審判の結果次第では後訴で審理されない可能性もあり、また、仮に審理され判断が示されたとしても、それが先行する審判と常に矛盾抵触するとは限らない。相殺の抗弁として主張された場合には、これらの相殺の機能は手続法的に確保されるべきである。しかし、142条の類推適用を認めるとすれば、訴訟不経済や審判の矛盾抵触という危険が生じるか否かが不確定な段階で、相殺権者の相殺権を実質的に葬り去り、相殺の簡易決済

事訴訟法〔第8版〕』（弘文堂，2015）354-355頁，山本弘「二重訴訟の範囲と効果」伊藤眞／山本和彦編『民事訴訟法の論点』（有斐閣，2009）92頁以下，94-97頁，栗原良扶「相殺の抗弁と重複訴訟の禁止」阪学7巻1=2号85頁以下，99頁（1982），岡田幸宏「重複起訴禁止規定と相殺の抗弁により排斥される対象」高田裕成ほか編『企業紛争と民事手続法理論〔福永有利先生古稀記念〕』（商事法務，2005）301頁以下，330頁，松本・前掲注(12)138頁。

訴え先行型については相殺許容説に立つものとして，高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣，2016）50-51頁，同・前掲注(11)141-144頁，三木浩一ほか『民事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣，2015）533-534頁〔笠井正俊〕，勅使川原和彦『読解民事訴訟法』（有斐閣，2015）205頁，佐野裕史「相殺の抗弁と二重起訴」一論117巻1号47頁以下，52頁（1997），中野／酒井・上掲民商107巻2号255頁〔酒井〕，田中・前掲注(2)152頁。中野貞一郎／松浦馨／鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣，2018）193頁も同旨か（特に同頁注(22)を参照）。

機能や担保的機能への期待を奪うことになってしまう。相殺許容説の論者は、以上のように主張している。

それに対して、相殺不許説は、142条の類推適用を認め、相殺の抗弁の提出を不許とする見解である。⁽¹⁵⁾ 相殺不許説は、基本的には、重複訴訟が引き起こし得る、審理の重複による訴訟不経済や審判の矛盾抵触という事態の回避を重視し、142条の趣旨の実現を尊重する。それらの事態はできる限り事前に排除することが望ましく、そのために142条を類推適用すべきである、と主張している。⁽¹⁶⁾ 論者はまた、この論点が問題となる訴訟段階における訴えの取下げには相手方の同意が必要となるが(261条2項)、相手方が同意するとは限らないとし、142条の類推適用によって、相殺の自働債権に供された反対債権が、判決の拘束力を受けずに後訴で利用する

(15) コンメⅢ・183-184頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第5版〕』（有斐閣、2017）229-230頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2011）227-228頁、小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法〔補訂版〕』（判例タイムズ社、1999）205-206頁、梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」鈴木忠一／三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座1』（日本評論社、1981）381頁以下、393頁、河野正憲『当事者行為の法的構造』（弘文堂、1988）75-120頁。

訴え先行型については相殺不許説に立つものとして、上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』（法学書院、2011）149-150頁、流矢大士「二重起訴と相殺の抗弁」『民事訴訟の理論と実践』刊行委員会編『民事訴訟の理論と実践〔伊東乾教授古稀記念論文集〕』（慶應通信、1991）465頁以下、475-476頁。また、142条の直接適用を根拠としているようにも読めるものとして、住吉博『民事訴訟論集第1巻』（法学書院、1978）294-295頁。

(16) その裏返しとして、同一手続での訴え先行型の場合には、審判が同一の受訴裁判所において一体として行われるので、訴訟不経済や審判の矛盾抵触の危険はないと考えられる。それゆえ、異なる手続ではなく同一手続での訴え先行型の場合には、相殺許容説のほうを支持する論者もいる。例えば、新堂・前掲注(15)229頁、河野・前掲注(15)116頁、住吉・前掲注(15)294頁。

途を確保するという効果もある、としている。⁽¹⁷⁾近時では、防御方法としての相殺の抗弁の機能の重要性にも配慮を示す論者も表れるようになり、再び有力説と認識されるようになってきている。

相殺許容説と相殺不許説の見解の差異が実際に明確に表れるのは、基本的には、分離した手続で、訴求債権としてまず利用されている、訴え先行型の場面とされている。⁽¹⁸⁾以下で検討していく平成3年判決およびその後の3つの判決も、手続の異同は別としてすべて訴え先行型である。

4 小括

以上のように、訴え先行型における142条の類推適用と相殺の抗弁の可否をめぐり、学説は今なお混沌としている。そのような状況が続く中で、リーディング・ケースとされている平成3年判決に対して変更すべき、あるいは後退したという評価を示す論者が増えてきている。⁽¹⁹⁾平成3年判決を絶対的基準とすることに懐疑的な視点は、この問題の収束へ向けた1つのヒントとして評価できる、と考える。ただし、論者の主張する“平成3年判決の変更”が、具体的に何のどのような変更を意図した主張であるか

(17) 例えば、梅本・前掲注(12)278頁。

(18) なお、三木・前掲注(8)347-349頁は、学説間で実質的に差異が生じるのは、主として異なる手続で訴え先行型の場合のみであると指摘している。

(19) 平成10年判決以降の各判決に対する評釈における指摘は、それぞれの判決の分析に際して紹介することとする。それ以外のものとして、例えば、杉本和士「二重起訴禁止と相殺の抗弁との関係に関する判例の展開」加藤哲夫／本間靖規／高田昌宏編『現代民事手続の法理〔上野泰男先生古稀祝賀論文集〕』（弘文堂，2017）227頁以下，244-245頁，八田卓也「相殺の抗弁と民訴法142条」法教385号4頁以下，8-10頁，三木・前掲注(8)360頁，363頁，高橋・前掲注(11)146-147頁（特に注(25)），松本・前掲注(12)152頁，中野・前掲注(14)147頁，149頁，山本（弘）・前掲注(14)95-96頁。

は、必ずしも明確でなく、論者によって内容に差異がある可能性を完全に否定することは難しい。時を遡って平成3年判決を出し直すことが不可能な中で、学説は、どうであれ平成3年判決をリーディング・ケースと位置づけた議論を続けてきた。平成3年判決の変更は、具体的な方法・対象・必要性和許容性・影響などに関する論者の主張を精査してから、考察する必要がある。そのような前提があつてこそ、新たな議論の展開が期待できるのではないだろうか。

相殺許容説と相殺不許説との間でも、異なる手続よりも同一の手続での審理のほうが望ましいとの認識は、共有されている。そのことは、いずれの説も同一手続のメリットを支持していることを意味する。同一手続によることのメリットの1つは、相殺の機能や重複訴訟の禁止の趣旨を実現しやすいことである。ここから、相殺許容説も相殺不許説も、たとえ異なる手続であっても、相殺と重複訴訟の禁止のいずれの機能と趣旨の実現にも否定的ではなく、その実現を排する意図はないのではないかと、この推測が可能となる。この推測が的外れでなければ、両説の対立は、相殺の特徴や機能と、伝統的な重複訴訟の禁止の趣旨との、バランスのとり方にあると考えられる。すなわち、相殺の予備的抗弁性や審判実現の不確定さなどの防御方法としての特徴、簡易決済機能と担保的機能、および、重複訴訟の禁止の趣旨である、訴訟不経済の回避や審判の矛盾抵触の防止のバランスである。それに加え、反訴の取扱いなどの様々な要素も合わせて勘案した結果として、適切な均衡点の所在をどこに見出すかをめぐる認識の相違が、両説の対立の基礎にあると考えられる。⁽²⁰⁾ 端的には、相殺と重複訴訟の禁止

(20) 三木・前掲注(8)273-274頁, 328頁参照。特に相殺に関する指摘として、中野・前掲注(14)112-113頁参照。石田秀博「相殺の抗弁と重複起訴禁止(民訴142条)」南山36巻3・4号25頁以下, 26頁(2013)、栗原・前掲注(14)90頁も同旨か。

の機能的諸要素のいずれを優先するかについての相違である。そう考える場合、個々の事案に即して結論に至る審理の温度差や均衡点のずれがあっても、結論は同じになる状況が生じてもおかしくない。⁽²¹⁾ こうして見ると、唯一の正当な均衡点なるものは存在するのであろうか、そして、判例理論とはどこまで一般化が許されるのか、裏を返せば、判例理論に則った判決であるためには、事案の個別事情の反映はどの程度まで許されるのであろうか、との問題意識が生じてくる。

以上のような問題意識を念頭に置いて、次に、従来の各判決に対する評価ないし既成概念から解放された視点を持つよう心掛けつつ、改めて先例と位置づけられている平成3年判決、およびその後の最高裁判決について、⁽²²⁾ 最高裁と学説の議論を順次検討していくこととする。

Ⅲ 平成3年判決⁽²³⁾

1 事実関係

X（原告・被控訴人・被上告人）は、商品を製造・販売するY（被告・

(21) 田中誠人「訴訟上の相殺の抗弁と重複訴訟の禁止」伊藤眞ほか編『民事司法の法理と政策 上巻』（商事法務，2008）597頁以下，618-619頁参照。

(22) 一連の最高裁判例を時系列に沿って整理した最近の論稿として、例えば、堀清史「重複訴訟の制限と相殺の抗弁についての判例の編成」山本克己／笠井正俊／山田文編『民事手続法の現代的課題と理論的解明〔徳田和幸先生古稀祝賀論文集〕』（弘文堂，2017）163-182頁，杉本・前掲注(19) 227-245頁。

(23) 同判決の評釈として、例えば、河野信夫・曹時45巻12号163頁（1993），山本克己・平成3年度重判解121頁（1992），吉村徳重・リマークス6号124頁，田中敦・平成4年度主判解214頁（1993），和根崎直樹・平成5年度主判解228頁（1994），中野／酒井・前掲注(14)241頁，高田昌宏・法教142号98頁（1992），加藤哲夫・法セ451号138頁（1992），三木浩一・法研66巻3号131頁（1993），家令和典・法政59巻1号137頁（1992），荒木隆男・亜法29巻2号217頁（1994），内海博俊・民事訴訟法判例百選（以下，「百

控訴人・上告人)との間で、原材料を輸入・販売するとともに、Yの商品を輸出して手数料の支払いを受ける、という継続的取引契約にある者である。Xは、Yに対して、原材料の売買代金等の残額258万余円の支払いを求めて訴えを提起した(以下、「本訴」)。一方で、Yは、Xに対して、商品の売買代金1,284万余円の支払い等を求める訴えを提起した(以下、「別訴」)。

本訴の第一審は、Xの請求の一部を認容し、Yに対して207万余円と遅延損害金の支払いを命じ、別訴の第一審は、Yの請求を認容した。本訴と別訴において敗訴当事者となったYとXがそれぞれ控訴し、控訴審係属中に本訴と別訴の弁論はいったん併合された(152条1項)。その併合審理中の口頭弁論期日において、Yが、別訴の訴求債権を自働債権として、本訴の訴求債権と対当額で相殺する旨を主張した。その後、両事件の弁論は再度分離され、その結果、本訴において、係属中の別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁が主張されているという状況が生じ、その許否が問題となった。

本訴と別訴の控訴審は、いずれも控訴を棄却した。本訴についての控訴審は、Yからの相殺の抗弁が142条(旧231条)により不適法であることを棄却理由とした。これに対して、Yが、142条の解釈適用に誤りがあるとして上告した。

2 判旨

上告棄却。

「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されないと解するのが相当であ

選])〔第5版〕82頁、本間靖規・百選〔第4版〕82頁。

る（最高裁昭和58年（オ）第1406号同63年3月15日第三小法廷判決・民集42巻3号170頁参照）。民訴法231条〔現142条〕が重複訴訟を禁止する理由は、審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するためであるが、相殺の抗弁が提出された自働債権の存在または不存在の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有するとされていること（同法199条〔現114条〕2項）、相殺の抗弁の場合にも自働債権の存否について矛盾する判決が生じ法的安定性を害しないようにする必要があるけれども理論上も実際上もこれを防止することが困難であること、等の点を考えると、同法231条〔現142条〕の趣旨は、同一債権について重複して訴えが係属した場合のみならず、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当するものであり、このことは右抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である。」

3 検討

（i）本判決の要旨

本判決において、最高裁は、訴え先行型において相殺の抗弁を自働債権として主張することを不許とした。その正当性は主に、重複訴訟を禁止する142条の趣旨に求められた。判旨によれば、142条の趣旨は、審理の重複による訴訟不経済の回避、および、既判力ある複数の相矛盾する判決が生じることの防止にある。1つの債権を、別訴の訴求債権と本訴の相殺の抗弁の自働債権として同時期に用いることは、この142条の趣旨に抵触する結果を生じさせる危険があるので、相殺の抗弁は許されない。また、この結論は、同一手続の場合にも同様に当てはまる。最高裁は、このように判示した。

異なる手続における訴え先行型の場合に相殺の抗弁を許さないとする結論自体は、それまでの下級審の裁判例と変わるものではなかった。また、既に本判決に先駆けて、類似の事案について、最高裁昭和63年3月15日第三小法廷判決民集42巻3号170頁（以下、「昭和63年判決」）が、142条の法意に反するとして、相殺の抗弁を不許とする判断を示していた。しかし、昭和63年判決については、多くの学説が特殊な事案を扱ったものであるとし、最高裁も具体的事情を考慮した判断を示していたことから、事例判決であり一般論としての先例とは認められない、との指摘が有力であった。⁽²⁴⁾

それに対して、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止を直接の論点とする平成3

(24) 昭和63年判決（いわゆる宝運輸事件判決）の事案は、次の通りであった。すなわち、賃金仮払いの仮処分に基づいて仮払金を支払った使用者が、その後上訴審で当該仮処分命令が取り消されたことを受けて、仮払いした賃金の返還を求めて不当利得返還請求訴訟を起こした。それに対して、仮処分債権者である従業員が、本案訴訟で訴求中の賃金債権を相殺の抗弁の自働債権として提出した、というものであった。仮に、この事案において相殺の抗弁を許すならば、実体的な賃金債権の存否をめぐって、解雇の有効性など複雑な争点が原状回復請求訴訟に取り込まれることになる。保全手続と本案訴訟の判断の峻別を維持するためには、相殺許容説・相殺不許容説の対立を問わず、相殺の抗弁を許すことは難しかったと言わざるを得ない。実際に最高裁も、本判決の結論が、「本件自働債権の性質及び右本案の経緯等に照らし」たものであるとし、具体的事情を考慮した結果であることを認めている。

なお、昭和63年判決と平成3年判決とを併せて判例理論と認定する見解として、例えば、コンメⅢ・185頁、小林秀之『民事訴訟法』（新世社、2013）68-69頁、三木ほか・前掲注(14)532頁〔笠井正俊〕、伊藤・前掲注(15)229頁、山本（克）・前掲注(23)123頁、家令・前掲注(23)138-139頁。越山和広・法教219号128頁以下、129頁（1998）、二羽和彦・リマークス35号112頁以下、113頁（2007）、田中（敦）・前掲注(23)215頁も同旨か。ちなみに、平成3年判決は、昭和63年判決を参照の形で引用している（前掲本文Ⅲ2参照）。

年判決は、その後の訴え先行型の事案の判決において、先例として引用され続けている⁽²⁵⁾。学説においても、少なからず批判はあるものの、本判決は、この問題に関する最高裁の一般的な立場を示したリーディング・ケース、と位置づけられ、議論の前提とされている。

(ii) 本件の特徴

一般的な立場を明らかにしたとされている平成3年判決であるが、分析に当たって留意すべき特徴がないわけではない。

本判決において、最高裁は、相殺を不許とする判断が、「既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当する」と判示した。この点は、傍論ではあるが注目するべきところである。相殺と重複訴訟の禁止に関する問題は、同一手続の間でも異なる手続の間でも問題となるが、最高裁は、少なくとも訴え先行型の場合については、手続の異同に関わらず、相殺は不許との立場を明らかにした。

また、手続過程において、本訴と別訴の弁論がいったん併合されたがその後再び分離された場合の対処にも、留意する必要がある。相殺の抗弁は、弁論併合中の口頭弁論期日において提出され、再度分離された後も本訴で抗弁のまま残されていた。本訴の控訴審は、その相殺の抗弁を142条に抵触するとして認めず、最高裁も、その見解を維持した。

裁判所は、訴訟指揮権の行使の一環として、同一裁判所に係属中の複数の訴訟を同一手続に併合したり、訴訟の一部を別個の訴訟手続で審理・判断したりするよう命じることができる（152条1項参照）。それは、弁論の併合、分離、また現状維持も含むいずれが当該事案の効率的な審理に資するか、という基準に則って決定される⁽²⁶⁾。一度弁論が併合ないし分離され

(25) 平成10年判決について民集52巻4号1228頁、平成18年判決について民集60巻4号1500頁、平成27年判決について民集69巻8号2297頁参照。

た訴訟間で、再度弁論を分離ないし併合することも、認められている(152条1項参照)。ただし、それは、良くも悪くも併合・分離後の審理も含めて、変更以前の手続に戻ることを意味しており、それが繰り返されれば記録の錯雑などを招きかねない。また、特に一旦併合した弁論の再分離は、併合がもたらす審理の重複に伴う訴訟不経済や相矛盾する審判の回避、という利点を手放すことになる。これは、本件についても妥当することであり、控訴審が再度の分離を命じたことは、平成3年判決の分析に際して看過されるべきでない。

(iii) 学説の評価

純然たる平成3年判決の評価を知るためには、判決確定から時を経ずに公表された評釈や論稿を参照することが適切である。しかし、本判決単体の評釈は必ずしも多くはない。平成3年判決の場合には、むしろ、平成10年判決以降の判決の評釈や、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題一般に関する論稿の中で、リーディング・ケースとして検討され、新判決と比較する方法で論じられているものが多い。その方法による分析は、従前の判決の問題点を炙り出し、適切な議論の着地点を模索する上で有効であるが、同時に、(無意識的であるかもしれないが)従前の判決に対する評価や解釈が、新判決を加味した視点からのバイアスのかかったものになりやすく、そのことが懸念される。そこで以下では敢えて、平成10年判決が出される以前の評釈を中心に学説の評価を分析する。

-
- (26) 例えば、手続を共通化すると審理の時間・費用・労力の軽減が見込まれる事案では、弁論の併合によって、審理が効率化するとともに、判断の矛盾抵触が生じる危険を回避することができる。また例えば、訴訟の争点や当事者関係が複雑な事案では、弁論を分離して基本的な訴訟形態に近づけたほうが、審理がかえって円滑に進み、事案の適切な解明にも繋がりやすいと推測される。以上について、例えば、コンメⅢ・345-351頁、条解・928-929頁〔新堂幸司＝上原敏夫〕。

(1) 平成3年判決の結論に対する評価の対立は、基本的には、訴え先行型における相殺の抗弁の許否をめぐる学説の対立を、ほぼそのまま反映したものである。すなわち、一方で、142条の類推適用を認め相殺の抗弁を不許とする相殺不許説は、本判決の結論を支持し、他方で、142条に抵触しないとして相殺の抗弁を認める相殺許容説は、本判決の結論に反対している。

相殺許容説は、判決理由で強調されている、審理の重複による訴訟不経済や審判の矛盾抵触の危険は、本判決で危惧されているほど大きいのかという点に懐疑的である。論者は、次のように疑問を説明する。すなわち、訴え先行型のように関連性のある事案に対する複数の判決が、別の裁判所で、同日同時刻に言い渡されたり確定したりする可能性は、実際には極めて低いと推測される。完全に同時でない限り、判決の言渡しおよびその確定には時間的先後が生じ、先に下された判決が確定し既判力を生じた時点で、残った訴訟の当事者および裁判所はそれに拘束される。仮に、裁判所が既に確定判決が存在していると知らなくても、両訴訟の当事者が立場の異同は別として同一であれば、先の確定判決が自己の有利に働く側の当事者がその存在を主張し、それによって審判の矛盾抵触の危険は回避されることが考えられる。したがって、審判の矛盾抵触が生じる危険はほとんどあり得ないであろう。論者はこのように主張する。

それに対して、相殺不許説は、万が一、残った裁判所が確定判決の存在を知らずにそれと矛盾抵触する判決を出したとしても、再審(338条1項10号)による対処が可能である、と反論する。再審を回避したいということであれば、両訴訟の並行を認めた上で、一方の手続を中止したり、両手続を併合したりするなど、審理の工夫による対応も可能である。よって、審判の矛盾抵触の危険という理由は、142条の類推適用を認める決定打にはならない。論者はこのように主張する。

(2) ところで、本件原審では、弁論を併合したものの再び分離するという訴訟指揮がなされ、併合中に主張された相殺の抗弁は分離後も事実上放置されていた。最高裁は、弁論の併合および再分離という控訴審の訴訟指揮について、特に言及しておらず、「〔相殺の〕抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である」と判示したに留まる。⁽²⁷⁾

この控訴審の訴訟指揮に対しては、相殺許容説、相殺不許説の対立を超えて⁽²⁸⁾、また学説・実務を問わず、多くの批判が表明されている。相殺の抗弁が許容された場合には併合後の分離を許すべきでない、との見解は、ほぼ全体の賛同を得ている。⁽²⁹⁾ 本件上告理由の中で、上告人は、控訴審における弁論の再分離について、「原審における右弁論分離決定の意図が奈辺にあるか不明であるが、おそらく専ら判決書作成の便宜のためとしか考えら

(27) なお、この点を、訴え先行型で同一手続の場合と異なる手続の場合とを区別せず、142条に抵触し相殺の抗弁を不許とする立場を採る伏線たり得る、と推測するのは、家令・前掲注(23)139頁。

(28) 相殺許容説の論者にとっては、平成3年判決の結論自体賛成できるものではないが、控訴審の訴訟指揮もその理由の1つとなろう。また、本判決は、訴え先行型で同一手続と異なる手続のいずれの場合においても同様に、142条に抵触し相殺の抗弁は不許とする立場を採っている。それゆえ、訴え先行型で同一手続の場合には相殺不許説を、異なる手続の場合には相殺許容説を採るべきであると主張する論者にとっても、平成3年判決の対応は問題である。加えて、弁論の併合は、少なくとも相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題では、基本的に好意的に捉えられる場合が多く、それを再分離するにはそれだけの必要性和許容性があることが要求されるが、公表されている資料による限り、本事案にそれだけの事情があったとは考え難い。

(29) 流矢・前掲注(15)482頁、山本(克)・前掲注(23)123頁、田中(敦)・前掲注(23)215頁、高田・前掲注(23)94頁、加藤・前掲注(23)138頁、三木・前掲注(23)136頁、家令・前掲注(23)140頁。

れず、若し弁論併合のままの状態であったならば比較的容易に相殺が認められた事案であると考えられる。⁽³⁰⁾」と述べていた。学説からも、「非適用説〔本稿にいう「相殺許容説」〕の立場からはもちろんのこと適用説〔本稿にいう「相殺不許説」〕にたっても反訴としての後訴ないし相殺の抗弁を適法とすることになるはずである。⁽³¹⁾」として、上告理由に示された予想を援護する主張がなされた。さらに、併合審理のままにしていれば、「相殺の意義を尊重しつつ、より柔軟な処理をする余地」すなわち相殺の抗弁を許す余地も広がった。⁽³²⁾あるいは、「弁論が併合された場合には、少なくとも当該審級での判断の矛盾、審理の重複はなくなる」ので、相殺の抗弁は許される。⁽³³⁾などとも主張された。また、仮に分離するのであれば、併合審理中に相殺の抗弁を却下するべきであった、との指摘もなされた。⁽³⁴⁾

最高裁は、相殺の抗弁を不許と判断した理由を、審理の重複による無駄や判断の矛盾抵触の危険を防止するため、とした。しかし、正当にも多くの論者が指摘している通り、それらの防止が困難になった一因は、併合した審理を再度分離した本件控訴審の訴訟指揮であったのではないかと考える。

(3) 平成3年判決は、同一手続の間でも異なる手続の間でも、訴え先行型の場合には相殺は不許、との立場を採用した。この立場は、審理の重複による無駄および判断の矛盾抵触の防止、という重複訴訟の禁止の趣旨を理由とする本件事案についての判断に続けて、言うなればおまけのようにさらりと表明されている。ここからは、最高裁が、訴え先行型における

(30) 民集45巻9号1442頁。

(31) 三木・前掲注(23)136頁。

(32) 高田・前掲注(23)99頁。

(33) 荒木・前掲注(23)226頁。

(34) 山本（克）・前掲注(23)123頁、吉村・前掲注(23)126-127頁。

手続の異同にさして意味を見出していないような印象を受ける。

相殺の抗弁と重複訴訟の禁止に関する学説の対立について、相殺許容説、相殺不許容説などの対立は見かけほど大きいものではなく、主として、異なる手続の間でかつ訴え先行型の場合にのみ差異を生じる、との主張もある⁽³⁵⁾。訴え先行型であることと、手続が同一か異なるかについては、結論に対する賛否以前の問題として、どちらも審理の過程において注意を払われるべき事項であろう。その審理の過程を示さないまま一括りに扱うとの結論が示されても、いささか説得力に欠け、また議論の粗さを感じざるを得ない。

以上を踏まえて、平成3年判決は、学説において「一般的」ないし「絶対的」⁽³⁶⁾に相殺を不許と判断したものと強調されている。学説によるこの認定は、その後の判例・学説の議論に影を落としてくる。

(4) 平成3年判決を訴え先行型のリーディング・ケース(の1つ)と位置づけることに対しては、前述のように変更を求める見解はあるものの、真っ向から先例的価値を否定する見解はほとんど見られない。もっとも、異論が皆無というわけでもなく、同判決が出された当初から、一般的な判例ルールとして疑問がある、との見解も存在していた⁽³⁸⁾。また、そこまで明快ではないが、同判決の射程範囲を慎重に判断するべきである、具体的には、弁論の併合後に相殺の抗弁が提出され、その後弁論が再分離されたとしても、相殺の抗弁の扱いは同様である、という点に限定されるべきであ

(35) 三木・前掲注(8)347-349頁。

(36) 例えば、松本・前掲注(12)113頁。

(37) 例えば、三木・前掲注(8)348頁、三木ほか・前掲注(14)534頁〔笠井正俊〕。

(38) 吉村・前掲注(23)126-127頁は、訴え先行型における相殺の抗弁を一般的に不許とすることは問題であるとし、「その意味では、先の最高裁判決〔昭和63年判決〕の説示の方が一般的な判例ルールとしては、より柔軟で優れていた」と主張している。

る、との見解も存在していた。⁽³⁹⁾

平成3年判決において、最高裁は、昭和63年判決とは異なり、事案の特殊性に特に言及していない。その点に着目し、本判決は事例判決ではなく明示してはいないが一般論を示したものと理解されたことに、特に不思議はない。これは1つの推測に過ぎないが、学説は、平成3年判決を、筋が悪い⁽⁴⁰⁾としても訴え先行型を直截的に扱う事案であったこと、手続の異同が結論に影響しないと判示したことに加えて、事案の特殊性への不言及を特殊性なしという判断を黙示的に示したものと理解し、平成3年判決は訴え先行型に関して一般的な判例理論を示したリーディング・ケースである、と位置づけるに至った可能性もあると考えられる。

IV その後の判例の展開

平成3年判決以降の判決に対する評釈は、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止についていずれの学説を支持するかに関係なく、平成3年判決を前提とし、さらに当該判決に先んじて出された判決があればそれも念頭に置き、それらと比較検討するという形に定着していった。したがって、その意味での対象判決の純然たる評釈は少ない。平成3年判決におけるのと同様の見地から、平成10年以後の判決についても、該当判決を直接の対象とし、かつ次の新判決が出される以前の論稿を中心に、各判決とそれらに対する学説の議論を検討することとする。⁽⁴¹⁾

(39) 山本（克）・前掲注(23)123頁，家令・前掲注(23)140頁，荒木・前掲注(23)226頁。

(40) 高橋・前掲注(11)146頁。

(41) 仮に対象判決の純然たる評釈を試みたとしても、先例が存在しその知識を有する以上、そのような作業は極めて困難で事実上なし得ないと考えるのが現実的であろう。なお、筆者は、最高裁の判例は法源の1つであり、その後の理論・実務に事実上の影響力・拘束力を有しており、また、その

1 平成10年判決⁽⁴²⁾

(i) 事実関係

Aの子であるX（原告・控訴人・被上告人）とY（被告・被控訴人・上告人）は、Aの死後、遺産の分割をめぐる争っていた。Yは、Xに対して、Xの違法な処分禁止の仮処分申請が原因で、相続財産である土地および建物の共有持分を、相場よりも廉価で売却せざるを得なくなり、その結果2億5,260万円の損害を被ったとして、損害額の一部として4,000万円の支払いを求める訴え（以下、「別訴」）を提起した⁽⁴³⁾。一方で、Xは、Yに対して、Yの支払うべき相続税や固定資産税等を立替払いしたとして、1,296万円の不当利得返還請求訴訟を起こした（以下、「本訴」）。Yは、不当利得の成立を争うとともに、予備的に、(a) 別訴一部請求訴訟の請求債権である損害賠償請求権4,000万円を超える残部債権、および(b) 別口の債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出した。

本訴第一審は、Xによる立替払金のうち、相続税についてはYの不当利得返還義務を認めず、固定資産税等についてはその義務を認めた上でYか

存在が該当する問題の議論の進展に寄与することも少なからずあることに鑑み、ある判決の評釈に際し先例を辿る手法は、行き過ぎない限り批判されるものではないと考えていることを、念のため付記しておく。

(42) 同判決の評釈として、例えば、河邊義典・曹時53巻7号197頁（2001）、三木浩一・百選〔第3版〕96頁、上野泰男・平成10年度重判解122頁（1999）、村上正敏・平成10年度主判解214頁（1999）、高橋宏志・リマークス19号127頁（1999）、酒井一・判時1667号192頁（1999）、坂田宏・民商121巻1号62頁（1999）、八田卓也・法セ549号109頁（2000）、石渡哲・法研73巻10号153頁（2000）、越山・前掲注(24)128頁、内海・百選〔第5版〕82頁、本間・百選〔第4版〕82頁。

(43) なお、本訴最高裁判決に付された園部逸夫裁判官の補足意見によると（民集52巻4号1232頁参照）、別訴については、上告棄却により最終的に差額損害の発生を否定し一部請求を棄却した第一審判決が確定した模様である。

らの相殺の主張を容れ、Xの請求を棄却した。それに対して、原審は、控訴を認容し、相続税についてもYの不当利得返還義務を認めるとともに、相殺の抗弁については、平成3年判決の趣旨に照らしてこれを認めなかった。なお、原審において、Yは、相殺の抗弁の自働債権として(c)弁護士報酬相当額2,000万円を追加したが、同じく相殺の抗弁は不許とされた。原審は、その理由として、相殺の自働債権は一部請求中の債権の残部債権であるが、両訴訟は請求の基礎を同じくしている、および、別訴において請求が拡張される余地がある、と指摘した。また、追加された弁護士報酬の請求も、同じ違法仮処分に基づくもので、別訴における判断と抵触する危険がある、と判示した。これに対して、Yが、142条の解釈適用に誤りがあると主張して上告した。

(ii) 判旨

(1) 破棄差戻し。なお、本判決言渡しと同日に、別訴損害賠償請求訴訟について上告棄却判決が出され、請求棄却判決が確定。

「1 民訴法142条(旧民訴法231条)が係属中の事件について重複して訴えを提起することを禁じているのは、審理の重複による無駄を避けるとともに、同一の請求について異なる判決がされ、既判力の矛盾抵触が生ずることを防止する点にある。そうすると、自働債権の成立又は不成立の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有する相殺の抗弁についても、その趣旨を及ぼすべきことは当然であって、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することが許されないことは、原審の判示する通りである(前記平成3年12月17日第三小法廷判決参照)。

2 しかしながら、他面、一個の債権の一部であっても、そのことを明示して訴えが提起された場合には、訴訟物となるのは右債権のうち当該一部のみに限られ、その確定判決の既判力も右一部のみについて生じ、残部の

債権に及ばないことは当裁判所の判例とするところである〔中略〕。この理は相殺の抗弁についても同様に当てはまるところであって、一個の債権の一部をもってする相殺の主張も、それ自体は当然に許容されるところである。

3 もっとも、一個の債権が訴訟上分割して行使された場合には、実質的な争点が共通であるため、ある程度審理の重複が生ずることは避け難く、応訴を強いられる被告や裁判所に少なからぬ負担をかける上、債権の一部と残部とで異なる判決がされ、事実上の判断の抵触が生ずる可能性もないではない。そうすると、右2のように一個の債権の一部について訴えの提起ないし相殺の主張を許容した場合に、その残部について、訴えを提起し、あるいは、これをもって他の債権との相殺を主張することができるかについては、別途に検討を要するところであり、残部請求等が当然に許容されることになるものとはいえない。

しかし、こと相殺の抗弁に関しては、訴えの提起と異なり、相手方の提訴を契機として防御の手段として提出されるものであり、相手方の訴求する債権と簡易迅速かつ確実な決済を図るという機能を有するものであるから、一個の債権の残部をもって他の債権との相殺を主張することは、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯、その後の審理経過等にかんがみ、債権の分割行使による相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存する場合を除いて、正当な防御権の行使として許容されるものと解すべきである。

したがって、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り、許されるものと解するのが相当である。

4 そこで、本件について右特段の事情が存するか否かを見ると、…〔中略〕…相殺の主張の自働債権である弁護士報酬相当額の損害賠償請求権は、別件訴訟において訴求している債権とはいずれも違法仮処分に基づく損害賠償請求権という一つの債権の一部を構成するものではあるが、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである。そして、他に、本件において、右弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を自働債権とする相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情も存しないから、右相殺の抗弁を主張することは許されるものと解するのが相当である。〕

(2) なお、本判決には、園部逸夫裁判官の補足意見が付されているので、ここで併せて紹介しておく。補足意見の要点は2点あり、1点は売買代金低落分に関する相殺の主張の許否、もう1点はこの種の事案の実務上の取扱いであった。

前者については、明示の一部請求訴訟の敗訴原告による残部債権請求訴訟は、特段の事情がない限り、信義則に反し許されない、とした最高裁平成10年6月12日第三小法廷判決民集52巻4号1147頁（以下、「平成10年6月12日判決」⁽⁴⁴⁾）を参照し、次のように述べた。「別件訴訟については、本

(44) 明示の一部請求と残部請求については、最高裁昭和37年8月10日第二小法廷判決民集16巻8号1720頁（以下、「昭和37年判決」）に基づいて、1個の債権の数量的な一部請求と明示して訴えが提起された場合、訴訟物となるのは当該債権の全部の存否ではなく、請求された一部の存否のみであり、よって一部請求訴訟の確定判決の既判力は残部債権には及ばない、とされていた。

しかし、平成10年6月12日判決は、残部債権の請求が許される場面を、信義則に基づき、基本的に、一部請求訴訟が全面的な請求認容判決で確定している場合に限定した。その理由について、最高裁は次のように判示した。すなわち、請求の全部または一部を棄却する判決は、訴求していない部分を含む債権全部を審理した結果であり、後に残部として請求し得る部

判決の言渡しの日と同日、当裁判所において上告棄却の判決が言い渡され、右損害賠償請求権の数量の一部請求（4,000万円）を棄却した判決が確定した。その結果、特段の事情の存しない本件において、上告人としては、もはや残債権について訴えを提起することができないこととなり、したがって、これを自働債権とする相殺の主張も当然に不適法となったものというべきである。」

後者については、本件のような場合、「民事訴訟の理想からすれば、裁判所としては、可及的に両事件を併合審理するか、少なくとも同一の裁判体で並行審理することが強く望まれる」が、「実務においては、様々な理由から裁判体相互間における関連事件の割替えが行われず、本件のように、これが別々の裁判体において審理裁判されることが少なくない」とし、そのような実務上の取扱いが、併合または並行審理によれば回避可能な審理の重複と事実上の判断の抵触を生ぜしめ、関係者の負担増加や訴訟経済に反する事態を誘発している、と指摘して、実務上の取扱いに懐疑的な意見を示した。そして、本件のような問題に対して、「適切な司法行政上の措置を講じて関連事件の円滑な割替えがされるよう配慮」するべきである、とした。

（iii）検討

（1）本判決の要旨

平成10年判決において、最高裁は、先行する訴えが一部請求訴訟の場合について、残部債権を相殺の抗弁に供することを認める途を開いた。本判決では、訴え先行型について一般的に相殺不許とした平成3年判決、お

分が存在しないとの判断も事実上なされた。したがって、全面的な請求認容以外の判決が確定した後の残部請求訴訟は、実質的に前訴で認められなかった請求および主張を蒸し返し、被告に二重の応訴の負担を強いるものである。このように判示した。

よび、同判決を忠実に踏襲してきた下級審裁判例とは、異なる結論が導き出された。⁽⁴⁵⁾

最高裁は、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止との関係について、上記（ii）（1）の判旨1部分において平成3年判決を参照し、既に係属中の訴訟の訴求債権を自働債権として他の訴訟で相殺の抗弁を主張することは許されない、と判示した。これに続く判旨3部分第1段落においては、やや軟化した表現となり、明示的一部請求訴訟の係属中に残部債権を別の訴訟で相殺の抗弁の自働債権として提出することに、慎重な姿勢を示すに留めた。そして、第2段落においては、相殺の抗弁が有する簡易決済機能と担保的機能を強調し、特段の事情の存する場合を除いて、その主張は正当な防御権の行使として許容されるべきである、とした。さらに、判旨4部分において、以上を本件事案に当てはめ、残部債権のうち、「実質的な発生事由を異にする別種の損害」である（c）弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を、相殺の抗弁の自働債権として提出することを許容した。

（2）本件の特徴

平成10年判決の結論には、平成3年判決以来実務が採用してきた絶対的な相殺不許説とは相容れない部分がある。平成3年判決との整合性を維持しつつそのような結論を採ろうとしたためか、本判決の判旨は、結論に至る論調の明瞭さよりも、平成3年判決およびそれ以降の裁判例への配慮や気遣いを強く感じさせるものとなっており、理路整然としているとはいえない⁽⁴⁶⁾。それが判旨全体から受ける印象であり、本件の特徴とも言えよう。

（45） 例えば、東京地裁平成4年6月30日判決判時1457号119頁、東京地裁平成4年10月9日判決金法1359号141頁、東京高裁平成5年9月29日判決判タ864号263頁。特に、東京高裁平成4年5月27日判決判時1424号65頁は、平成10年判決と同種の一部請求後の残部請求に関する訴え先行型の事案であったが、平成3年判決の立場を踏襲していた。

（46） この点、「理由付けは、落着きがわるい」と評する中野・前掲注（14）

平成10年判決の事案においては、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止との関係のみならず、一部請求後の残部請求の許否も主要な問題である。これが本件を検討する上で留意すべき特徴である。⁽⁴⁷⁾ 本稿の射程は前者ではあるが、本判決は後者について平成10年6月12日判決が出されて間もない時期の判決であったことから、一部請求および相殺の抗弁と重複訴訟の禁止という角度から、判旨における平成10年6月12日判決の取り扱い方にも注目するべきであろう。

また、本判決は、別訴で一部請求されている訴求債権を、違法仮処分に基づく損害賠償請求権という1個の債権の一部であるとしつつ、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生事由を異にする別種の損害であると判示している。しかし、別種の損害であることが本件判旨の展開の中で意味するところは、必ずしも定かではない。

(3) 学説の評価

平成10年判決の事案は、別訴の明示的一部請求の訴求債権の残部債権を本訴で防御方法として主張するもの、という特徴がある。とはいえ、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題に焦点を絞ると、本判決の結論に対する評価は、根底においてはこの問題の学説の対立を反映したものであり、その点で平成3年判決と変わるところはない。すなわち、相殺許容説の論者は、平成3年判決では考慮の対象外であった相殺の簡易決済機能や担保的機能が、平成10年判決では考慮されていることを評価し、同判決の結論

149頁、「判旨の論理の展開はやや複雑」で「論理構造は、飲み込みにくい」と評する高橋・前掲注(42)129-130頁、「理論的な明確性を維持できていない」と評する本間・百選〔第4版〕84頁も同旨か。

(47) 加えて、本件は、一部請求訴訟先行型の事案に対する初の最高裁判決であった。なお、本判決と近接する時期にこの問題を論じたものとして、例えば、坂田宏『民事訴訟における処分権主義』（有斐閣、2001）281-327頁。

をその大枠において支持している⁽⁴⁸⁾。それに対して、相殺不許説の論者は、一部請求と残部請求との間に審判の矛盾抵触の危険が生じ得ないとは言えないとし、相殺の担保的機能は、基本的に訴訟外の相殺の意思表示および請求異議の訴えによる救済が可能であり、かつそれで十分である、として⁽⁴⁹⁾いる。相殺許容説と相殺不許説との間で結論に対する評価が分かれることは、当然と言えば当然のことであろう。

ただし、平成3年判決と平成10年判決との結論の相違と判旨の流れに見られる違和感は、学説の対立を超えて1つの事実として認識され、両判決の整合性は広く疑問視されている⁽⁵⁰⁾。平成10年判決の結論および判決理由は、平成3年判決を本当に踏襲しているのか、疑義を感じさせるに十分であると考えられる。平成10年判決は、平成3年判決が重視していた、判断の矛盾抵触や法的安定性の侵害に配慮を示しつつも、平成3年判決が斟酌しなかった相殺の簡易決済機能や担保的機能を尊重する姿勢を示しており、それが整合性に疑問符のつく大きな要因になっている。これらは、各学説が自説の根拠とし、また反対説への批判材料ともしている点である。その意味で、両判決の整合性の問題は、学説の対立とも連動している、と

(48) 松本・前掲注(12)152頁、中野・前掲注(14)149頁、高橋・前掲注(42)131頁、酒井・前掲注(42)196頁、坂田・前掲注(42)67頁、石渡・前掲注(42)153頁、本間・百選〔第4版〕84頁。

(49) 例えば、西理「民事訴訟法上のいくつかの論点について(中)」判時2124号3頁以下、6頁(2011)。

(50) 例えば、松本・前掲注(12)119頁、152頁、三木・前掲注(42)97頁、高橋・前掲注(42)131頁、上野・前掲注(42)124頁、坂田・前掲注(42)79頁、本間・百選〔第4版〕84頁。この状況は様々に表現されており、例えば、「揺り戻し」と表現するのは山本(弘)・前掲注(14)95-96頁、岡田・前掲注(14)305頁、「揺らぎ」と表現するのは八田・前掲注(19)8-10頁、「継ぎ接ぎ」に「綻び」があると表現するのは中野・前掲注(14)147頁、149頁、「綻び」と表現するのは酒井・前掲注(42)196頁。

考えることができる。

相殺許容説の論者が平成10年判決に好意的であることに、疑いの余地はない。相殺許容説を徹底する立場は、平成10年判決を以て、142条の類推適用の否定および相殺の抗弁の自働債権としての提出の適法性が原則化したと理解するのが、簡明かつ妥当である、と主張している。⁽⁵¹⁾ そのほか本判決の意義を、相殺の担保的機能を重複訴訟を理由に排除しないという価値観を採用したことや、⁽⁵²⁾ 平成3年判決の射程を限定したことなどに見出し、⁽⁵³⁾ 肯定的に評価する論者もいる。もっとも、相殺許容説の論者は、平成10年判決の判旨では、取引社会において重要な相殺の簡易決済機能や担保的機能を訴訟で発揮するために十分でないことも、認識している。⁽⁵⁴⁾

それに対して、相殺不許説の論者は、142条の意義はあくまでも訴訟不経済や審判の矛盾抵触の危険を未然に防止することにある、と主張する。論者は、相殺不許説を採用した平成3年判決の立場、端的には“142条の類推適用を肯定＝相殺の抗弁は不適法”とする立場が、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題についての一般的な判例理論であることを、大前提に据えている。そして、相殺の機能の考慮は、判例理論が対応し得る幅を広げるという意義があるとしつつも、本判決においては、事案の性質を勘案するに当たって考慮された要素に過ぎないとする。

次に、平成10年6月12日判決の取扱いについては、平成10年判決は判決理由中で明示的に参照してはいないものの、平成10年6月12日判決を⁽⁵⁵⁾ 相当に意識しているものと推測される。上記(ii)(1)の判旨1では、

(51) 例えば、松本・前掲注(12)152頁、中野・前掲注(14)149頁、石渡・前掲注(42)156-157頁。

(52) 酒井・前掲注(42)196頁。

(53) 越山・前掲注(24)129頁、高橋・前掲注(42)131頁、坂田・前掲注(42)84-85頁。なお、コンメⅢ・185頁。

(54) 坂田・前掲注(42)67頁。

相殺の抗弁と重複訴訟の禁止との関係について、平成3年判決を参照・引用し、手続の異同に関わらず相殺の抗弁を許さない、とした。このくだりを読む限りでは、平成3年判決を踏襲して全面的に相殺を不許とする結論を示すのではないかと予想させる。しかし、明示の一部請求と残部請求の関係が出てきたことで、判断はそう容易ではなくなった。昭和37年判決以来、明示の一部請求訴訟の訴訟物は訴求された一部のみであり、一部と残部は個別化され、一部請求訴訟の既判力は残部債権には及ばない、とされてきた⁽⁵⁶⁾。同判決による限り、相殺の抗弁の自働債権に供された債権は、一部請求訴訟の訴求債権とは別個のものであるから、相殺の抗弁は、平成3年判決を持ち出すまでもなく許容されるはずである⁽⁵⁷⁾。平成10年6月12日判決に言及していない判決理由の文面のみからすれば、このような理解にも、決定的な問題が認められることはないと言わざるを得ない。

しかし、平成10年6月12日判決を意識すると、同判決で、一部請求訴訟の（一部）敗訴判決確定後の残部請求は許されないとされた以上、訴訟物は別という部分はそのまま維持されると断言してよいかについて、改め

(55) 三木・前掲注(42)97頁、高橋・前掲注(42)130頁。なお、坂田・前掲注(42)67頁、77頁は、本件判旨は先行判決である平成10年6月12日判決を、整合性の問題を未解決のままに判決を下せるよう、意図的に秘したのではないかと、との疑問を呈している。意図的に秘したとすれば、これも同判決をかなり意識しているが故の対応と考えられる。なお、理論的には意図せず言及しなかったという可能性も皆無とはいき切れないが、万が一そうであれば、当時最新の最高裁判決を看過したと理解（誤解）されてもやむを得ず、それはそれで由々しき事態であるし、現実的にも考え難いところであろう。

(56) 昭和37年判決については、前掲注(44)を参照。なお、現在判例が採用しているいわゆる外側説によれば、同判決の事案は請求認容となる可能性があったとするのは、上野・前掲注(42)124頁など。

(57) 越山・前掲注(24)129頁、高橋・前掲注(42)129-130頁、坂田・前掲注(42)69頁、村上・前掲注(42)215頁。

て検討する必要が生じてくる。

相殺不許説を採りつつ、平成10年6月12日判決が示した、明示的一部請求訴訟が全部認容判決の場合にのみ残部請求を認めるという立場を、平成10年判決の事案に当てはめると、別訴と本訴が並行する状況には疑問がある。平成10年判決の審理段階では、別訴の一部請求訴訟判決は未確定であるので、本訴で自働債権として主張し得る残部の存否もまた不明であり、残部請求は原則的に排斥されるはずだからである⁽⁵⁸⁾。加えて、相殺不許説によれば、一部と残部は本来的には同一の債権である以上、本訴と別訴は、一部または残部債権の存否や金額をめぐる他方の審理状況が、それぞれの審理範囲に影響を及ぼす可能性が残っていることを否定できない。ここから、平成10年判決の事案においても、142条にいう訴訟不経済や審判の矛盾抵触が生じる危険に変わりのないことは明らかである。それにもかかわらず、平成10年判決は、相殺の抗弁が相手方の提訴を受けて出される防御方法である、および、相殺の簡易決済機能や担保的機能を確保する、という理由から、相殺の抗弁を許容した。そこから、相殺不許説の論者は平成10年判決を批判して、142条が未然防止を目指す危険の発生可能性⁽⁵⁹⁾に対し楽観的に過ぎるのではないか、との懸念を示している。

続いて、相殺の抗弁の自働債権として提出された、(a) から (c) の債権のうち、(c) のみが相殺の抗弁の自働債権として認められた点についてである。(b) は別口の預金および現金の支払請求権であり、判示事項と関連はない。よって、(a) の違法仮処分に基づく損害賠償請求権と、(c)

(58) 上野・前掲注(42)124頁。なお、訴え先行型においては相殺許容説に立つ酒井・前掲注(42)195-196頁は、一部請求訴訟の判決確定前に本訴の相殺の抗弁の適法性を否定することに、懐疑的な姿勢を示している。

(59) 平成10年判決の事案においては、そもそも相続人間の相続分が未確定であり、原告と被告の有する債権の金額が明らかでない状況であったようである。

の弁護士報酬相当額の損害賠償請求権が、検討の対象となる。そして、本件上告理由においては、(a) 債権による相殺の抗弁が退けられたことに対して不服が申し立てられておらず、それゆえ (a) 債権は審理の対象から外されたものと理解できる。

さらに、平成10年判決は、(a) 債権と (c) 債権とを、本来的には1個の債権であるが、実質的な発生事由を異にする別種の損害である、と判示した。それに対しては、学説から疑問視する意見が多い。⁽⁶⁰⁾ また、疑問ではあるが相殺の抗弁に供された債権の種類についての議論は実益に乏しい、⁽⁶¹⁾ との指摘も見られる。

なお、園部裁判官の補足意見中の弁論の分離・併合に関する部分からは、平成3年判決に対する学説の批判に賛同する裁判官の存在が期せずして明らかになった。相殺の抗弁を許容し、かつ両訴訟が無関係かつ並行して進むことを許すことは、訴訟不経済につながりかねない。補足の意図は定かではないが、少なくともその内容は同意し得るものであり、理論と実務がより市民に開かれた形で事実上意見交換する1つの形となり得るのではないか、とも期待される。⁽⁶²⁾

2 平成18年判決⁽⁶³⁾

(i) 事実関係

X (本訴原告 [被控訴人]・反訴被告 [控訴人]・被上告人) は、建築業

(60) 例えば、高橋・前掲注(42)130頁、坂田・前掲注(42)73頁、内海・百選〔第5版〕85頁。

(61) 石渡・前掲注(42)160頁。

(62) 越山・前掲注(24)129頁、新堂・前掲注(15)228-229頁。坂田・前掲注(42)81-82頁も同旨か。

(63) 同判決の評釈として、例えば、増森珠美・曹時59巻9号361頁(2007)、同・ジュリ1340号95頁(2007)、濱崎録・百選〔第5版〕253頁上段、村田

者A（本訴被告・反訴原告）との間で、請負代金を3億900万円とする賃貸用マンションの建築工事請負契約を締結した。請負代金のうち、当該建物完成後引渡時までには支払われたのは3億円で、900万円は未払状態にあった。さて、本件建物は、完成までに、複数回にわたり、大小36か所の設計変更がなされた。そこで、建物完成後、Xは、Aに対して、主位的には、設計変更がXに無断でなされたとして、請負契約の債務不履行に基づき建物の瑕疵修補に代わる損害賠償、予備的に、設計変更による建物価値の下落分代金の清算を求める不当利得返還の請求訴訟を起こした（以下、「本訴」）。本訴の第一審係属中に、Aは、Xに対して、設計変更はXの同意を得たものであるとして、本件請負契約に基づく報酬残代金、および設計変更に伴う追加工事代金の支払いを求める反訴（146条）を提起した。反訴状は、平成6年1月25日にXに送達された。

本訴と反訴の第一審係属中にAが死亡し、相続人であるY₁とY₂（本訴被告〔控訴人〕・反訴原告〔被控訴人〕・上告人。以下、「Yら」）。相続分は各2分の1）が、Aの訴訟上の地位を承継した。Yらは、平成14年3

典子・百選〔第4版〕257頁下段、三木浩一・平成18年度重判解127頁（2007）、中本敏嗣／奥山雅哉・平成18年度主判解36頁（2007）、徳田和幸・判時1974号190頁（2006）、酒井一・民商138巻3号334頁（2008）、和田吉弘・法セ621号112頁（2006）、河野正憲・判タ1311号5頁（2010）、島田邦雄ほか・商事1773号63頁（2006）、谷本誠司・銀法664号57頁（2006）、我妻学・金判1263号14頁、石田理・法政74巻3号699頁（2007）、渡辺森兄・法研80巻4号160頁（2007）、杉本和士・早法83巻2号143頁（2008）、安見ゆかり・青法48巻3号188頁（2006）、同「相殺の抗弁と弁論の分離」河上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開〔伊藤滋夫先生喜寿記念〕』（青林書院、2009）587頁、二羽・前掲注(24)112頁。なお、同一手続における訴え先行型に関する論稿として、例えば、勅使川原和彦「本訴・反訴の請求債権による相殺に関する判例法理」加藤哲夫／本間靖規／高田昌宏編『現代民事手続の法理〔上野泰男先生古稀祝賀論文集〕』（弘文堂、2017）285-300頁。

月9日の本訴第一審第30回口頭弁論期日において、YらがXに対して有していると主張する報酬残債権（＝反訴請求債権）を自働債権とし、XがYらに対して有していると主張する損害賠償債権（＝本訴請求債権）を受働債権とする相殺の抗弁を提出した。

第一審は、Yらは、相殺後の本訴の請求債権について、相殺の意思表示をした日の翌日から遅滞の責めを負う、との判断を示した。それに対して、Xが控訴した。原審は控訴を認容し、反訴状送達の日翌日である平成6年1月26日から遅滞の責めを負う、との判断を示した。この原審判決に対して、Yらは、履行遅滞に陥るのは本件相殺の意思表示をした日の翌日である、と主張して上告受理申立てをし、受理されたのが本件である。なお、本件相殺の適法性については、当事者間で争いになっておらず、原審も原々審も判断を示していない。

（ii）判旨

破棄自判。

「本件相殺は、反訴提起後に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として対当額で相殺するというものであるから、まず、本件相殺と本件反訴との関係において判断する。

係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、重複訴訟を禁じた民訴法142条の趣旨に反し、許されない（最高裁昭和62年（オ）第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁）。

しかし、本訴および反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられていないと解するのが相当である。この場合においては、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については

反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更されることになるものと解するのが相当であって、このように解すれば、重複訴訟の問題は生じないことになるからである。そして、上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面によることを要せず、反訴被告の同意も要しないというべきである。本件については、前記事実関係及び訴訟の経過に照らしても、上告人らが本件相殺を抗弁として主張したことについて、上記と異なる意思表示をしたことはうかがわれないので、本件反訴は、上記のような内容の予備的反訴に変更されたものと解するのが相当である。」

(iii) 検討

(1) 本判決の要旨

平成18年判決において、最高裁は、同一手続における訴え先行型について、反訴の請求債権を自働債権、本訴の請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を、適法と判断した。⁽⁶⁴⁾ 最高裁は、反訴原告が異なる意思表示をしない限り、反訴の請求債権が本訴で相殺の抗弁の自働債権として一部消滅した場合、反訴は予備的反訴に変更されるとの解釈を示した。

(2) 本件の特徴

平成18年判決は、先行する平成3年判決および平成10年判決とは異なり、本訴と反訴という同一手続における訴え先行型の事案に対する判決である。また、平成3年判決の示した相殺不許説の論理を前提としつつ、本訴で相殺の抗弁に既判力ある判断が示された段階で、単純反訴から予備的

(64) なお、本件の事案は純然たる訴え先行型ではなく亜種であるとの認識に基づいて、反訴先行型（谷本・前掲注(63)57頁、杉本・前掲注(63)148頁）、反訴相殺型（八田・前掲注(19)11頁）など、別の呼称を用いる論者もいる。ただし、大別すると同一手続における訴え先行型に分類されることに対する異論は見られない。

反訴へ変更することによって、相殺の抗弁の提出を許容した。これらは平成18年判決の特徴であり、留意する必要があると考えられる。

本判決において、予備的反訴への変更は、反訴原告（＝本诉被告）の合理的意思が推定されるとして、反訴原告から反対の意思表示がない限り、解釈によって認められている。平成3年判決を引用して判例理論との整合性を図りつつ、相殺の担保的機能を実現し、さらに同一手続を維持したまま判決を確定させるべく、予備的反訴への変更という手段が用いられたわけである。このような処理の意図と手段の是非および必要性は、検討に値すると思われる。

（３）学説の評価

平成18年判決は、訴え先行型の典型的な事案ではなく、審理や結論のあり方も従来と異なる側面を有している。学説の対立に基づく評価の相違はあるにしても、多くの論者は、本判決が平成3年判決を前提としていることを認めつつ、相殺を許容した本判決の結論を支持している⁽⁶⁵⁾。本判決は、手続的には、先行する反訴を形式的に優先させることなく、柔軟に当事者の期待に対応している。内容的にも、相殺を許容するとの結論に、疑問の余地はほとんどない。というのも、同一手続内であれば、訴訟不経済や審判の矛盾抵触が生じる危険はなく、相殺の抗弁の自働債権として提出を認

(65) 三木・前掲注(63)128頁，中本／奥山・前掲注(63)37頁，和田・前掲注(63)112頁，河野・前掲注(63)7頁，酒井・前掲注(63)339頁，安見・前掲注(63)伊藤喜寿605頁，杉本・前掲注(63)155-157頁，二羽・前掲注(24)115頁。

なお、本判決を平成3年以来の判例の射程外であるとする見解として、増森・前掲注(63)ジュリ96頁。この見解によれば、本判決は、同一手続での訴え先行型のうち、反訴請求債権を自働債権、本訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁の許否についての、初めての最高裁判決ということになる。

めても142条の趣旨に反することにはならない。⁽⁶⁶⁾それによって、相殺不許説を根拠づける問題点が解決されるので、相殺許容説のみならず相殺不許説からも、相殺の抗弁を許して差し支えない状況になる。また、本件事案も、相殺を容認することによって、実効的解決が図られるものと考えられるからである。⁽⁶⁷⁾

しかしながら、反訴原告（＝本訴被告）の明示的な申立てなしに、単純反訴から予備的反訴への変更の意思を裁判所の推定に基づいて認めること⁽⁶⁸⁾に対しては、懐疑的な見解が多い。この点については、最高裁自身も、判決理由中で、142条の類推適用云々の問題を回避するための実際の・便宜的な手段である、と認めている。その上で、最高裁は、この解釈はいずれの当事者にも不利益をもたらさないとし、それを以てこの手段を正当化している。

この点について相殺不許説は、次のように主張する。すなわち、相殺の抗弁の提出を許容すると、裁判所は、相殺の抗弁を容れて一部認容判決や請求棄却判決を下す場合に、相殺の抗弁の自働債権とされた債権の対当額について、反訴請求も棄却することになる。その際には、同一債権の同一

(66) 三木・前掲注(63)128頁，中本／奥山・前掲注(63)37頁，増森・前掲注(63)ジュリ96頁，徳田・前掲注(63)192-193頁，石田・前掲注(63)703頁，渡辺・前掲注(63)161頁，新堂・前掲注(15)228頁。なお，酒井・前掲注(63)339頁は，相殺を許容する結論に賛成しつつ，同一手続内であることは，平成3年判決の理由に照らすと，相殺を許容する理由として意味があるとは思われない，とする。

(67) 石田・前掲注(63)708頁。なお，同・707頁は，原審，原々審において相殺の抗弁が争点とされなかった理由として，最高裁が，重複訴訟禁止の原則は訴訟係属の効果であり，早期に判断されるべき事項であることを前提としているから，と主張している。

(68) 二羽・前掲注(24)115頁，徳田・前掲注(63)193頁，酒井・前掲注(63)345頁，渡辺・前掲注(63)169頁，杉本・前掲注(63)160頁。

残部に、“相殺によって対当額の範囲で生じる114条2項に基づく既判力”
と、“反訴請求の棄却判決によって生じる114条1項に基づく既判力”が
生じる。これでは、同一手続において重複した既判力が生じることになる。
本訴被告（＝反訴原告）にとって、審判の重複、特に反訴における敗訴を
免れ得る平成18年判決の処理は好都合である。このように主張し、本判
決が用いた手段を評価している。⁽⁶⁹⁾

この主張に対しては、いくつかの観点から批判がなされている。伝統的
な見解からは、前訴である反訴が優先されるべきである、との批判がある。⁽⁷⁰⁾
また、予備的請求は、解除条件付き提訴であり、反訴の提起によって反訴
請求に関して訴訟が係属し、その訴訟係属は条件が成就するまで続く以上、
予備的反訴という構成を採ったとしても、重複訴訟の問題を回避すること
はできない、との批判もある。一方で、予備的反訴の理解という観点から
は、次のような批判がなされている。すなわち、従来の理解によれば、予
備的反訴は本訴請求との関係でその却下または棄却が解除条件とされるは
ずであるが、本件反訴との関係での条件は、相殺の自働債権の審判であり、
その審判対象は本訴被告（＝反訴原告）の債権、相殺の抗弁の適法性であ
る。しかし、相殺の自働債権には訴訟係属は生じていないのであるから、
最高裁は条件付き提訴を認めたことになる。このような批判である。加え
て、本訴被告（＝反訴原告）の利益についても、疑問が呈されている。す
なわち、本件事案では、本訴被告が本訴で相殺の自働債権に供した反訴の

(69) 例えば、河野・前掲注(63)9頁。もっとも、この見解も、無条件に当
事者の明示的申立てなしに予備的反訴への変更を認めるわけではなく、そ
のような処理が不可欠であったか、など一定条件を充足する必要があるよ
うである。

(70) 重複訴訟の両訴訟が同一事件と認められた場合には後訴を却下対象と
する、という見解であり、三木・前掲注(8)297-298頁は、これを「前訴
優先ルール」と称して批判している。

請求債権よりも、本訴原告（＝反訴被告）が本訴で請求中の損害賠償債権（受働債権）のほうが高額である。仮に本訴で相殺不許と判断されれば、反訴の請求債権は消滅せず、本訴請求債権と反訴請求債権との間には同時履行の関係が復活し、本訴請求債権に対する遅延損害金は発生しなかったことになる。本訴被告（＝反訴原告）にとっては、そのほうが好都合であるから、予備的反訴への変更を望むとは考え難い。このような指摘である。⁽⁷¹⁾

確かに、予備的反訴へ変更されると、自働債権とされた反訴請求債権について反訴は係属していないことになる。また、予備的反訴では弁論の分離が認められないので、重複訴訟の問題は生じない。よって、予備的反訴とすれば、相殺の抗弁の提出を許容することに何の問題もなくなる。⁽⁷²⁾ それでは、反対に、予備的反訴へ変更されず単純反訴のままにしておくと、どのような問題が生じるのであろうか。判旨のような技巧的な解釈論が不可欠な程度に重篤な不都合が生じるのか、生じるならば具体的にはどのようなものを、検討する必要がある。

この点については、弁論の分離（152条1項）や一部判決（243条3項）を解釈によって禁止したり、万が一の場合には再審（338条1項10号）に委ねるとしたりする対策を講じておけば、単純反訴のままで何ら問題はない、とする見解が有力である。⁽⁷³⁾ その背景には、同一手続内での審判であれば、訴訟不経済や審判の矛盾抵触の問題が生じる危険はほばない、との意識がある。しかし、単純反訴では弁論の分離を原則として可能とするの

(71) 以上の反訴の処理に対する一連の批判については、酒井・前掲注(63) 340-345頁が詳しい。

(72) 徳田・前掲注(63)192頁，我妻・前掲注(63)16-17頁。

(73) 二羽・前掲注(24)115頁，三木・前掲注(63)128頁，和田・前掲注(63)112頁，徳田・前掲注(63)192-193頁，安見・前掲注(63)伊藤喜寿605頁，石田・前掲注(63)708頁，渡辺・前掲注(63)169頁，杉本・前掲注(63)158頁。

が通説であり、それを前提とする以上、そのような問題が生じる危険は皆無⁽⁷⁴⁾とは言い切れない。本訴被告の申立てなしに予備的反訴へ変更することに対しては、裁判所による申立ての変更と理解することもでき、その場合には処分権主義に抵触するおそれもある、と指摘されている⁽⁷⁵⁾。それでも予備的反訴への変更⁽⁷⁵⁾にこだわった最高裁の意図は、要するに、弁論の分離の可能性を完全に排除し、審理の重複や審判の矛盾抵触の芽を潰すことにあった、と考えられる。

ここから、最高裁が、債権の消滅原因としての相殺の諸機能に配慮しながらも、最終的には審理の重複による訴訟不経済と審判の矛盾抵触の危険の高さを、依然として重要な基軸にしていると理解することができる。予備的反訴への変更は、多くの指摘がなされているように、平成3年判決との整合性の維持を試みる上で、意味があったと考えられる⁽⁷⁶⁾。

3 平成27年判決⁽⁷⁷⁾

(i) 事案

X（本訴原告＝反訴被告・被控訴人・上告人）は、貸金業者であるY

(74) 例えば、コンメⅢ・237頁、条解・852頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕。

(75) 松本／上野・前掲注(14)357頁。

(76) 論者により若干の温度差はあるが、三木・前掲注(63)128頁、中本／奥山・前掲注(63)37頁、徳田・前掲注(63)193頁、石田・前掲注(63)708頁、渡辺・前掲注(63)169頁、杉本・前掲注(63)157頁。

(77) 同判決の評釈として、例えば、菊池絵理・曹時70巻2号291頁（2018）、林昭一・平成28年度重判解140頁（2017）、我妻学・リマークス53号110頁（2016）、山本弘・金法2049号26頁（2016）、高部眞規子・金判1508号16頁（2017）、上田竹志・法セ738号124頁（2016）、内田義厚・新・判例解説Watch 19巻157頁（2016）、今津綾子・法教430号144頁（2016）、加藤新太郎・NBL 1111号75頁（2017）、河野正憲・名法271号157頁（2016）、松村和徳・早論2号239頁（2017）、宮川聡・甲南ロー12号113頁（2016）。

(本訴被告＝反訴原告・控訴人・被上告人)と、平成8年6月5日から平成12年11月24日までの期間、継続的な金銭消費貸借取引をした。本件で問題となったのは、継続的な金銭消費貸借取引の期間中になされた、平成8年6月5日から平成12年7月17日までの取引(以下、「第1取引」)と、平成14年4月15日から平成21年11月24日までの取引(以下、「第2取引」)である。Xは、これらの取引を一連のものとみて、各弁済金のうち利息制限法(平成18年法律第115号による改正前のもの)1条1項所定の制限を超えて、利息を支払っており、それを元本に充当すると、過払金が発生していることになる主張して、Yに対して、不当利得返還請求訴訟を起こした(以下、「本訴」)。これを受けて、Yは、これらの取引は一連のものではないと主張し、Xに対して、第2取引に基づく貸金の返還を求めて反訴を提起した。Yは、第1取引に基づくXの過払金の返還請求権は時効により消滅したと主張し、消滅時効を援用した。これに対して、Xは、仮に本訴において過払金の返還請求権が時効により消滅したと判断される場合には、予備的に、当該過払金の返還請求権を自働債権、第2取引に基づくYの貸金返還請求権を受働債権とする相殺の抗弁を主張した。

第一審は、本件両取引を一連のものとみなしてXの請求を一部認容し、Yの反訴を全部棄却した。それに対して、Yが控訴した。原審は、本件両取引を一連のものとはせず、第1取引に基づく過払金の返還請求権は時効により消滅したとの判断を示した。ただし、反訴で予備的に防御方法として提出されている相殺の抗弁については何ら判断することなく、第2取引に基づく貸金返還請求を認容した。これに対し、Xが上告したのが本件である。

(ii) 判旨

一部破棄差戻し・一部上告棄却。

「4 ……係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権とし
354(782) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

て他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨に反し、許されない（最高裁昭和62年（オ）第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁参照）。

しかし、本訴において訴訟物となっている債権の全部又は一部が時効により消滅したと判断されることを条件として、反訴において、当該債権のうち時効により消滅した部分を自働債権として相殺の抗弁を主張することは許されると解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

時効により消滅し、履行の請求ができなくなった債権であっても、その消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、これを自働債権として相殺をすることができる。本訴において訴訟物となっている債権の全部又は一部が時効により消滅したと判断される場合には、その判断を前提に、同時に審判される反訴において、当該債権のうち時効により消滅した部分を自働債権とする相殺の抗弁につき判断をしても、当該債権の存否に係る本訴における判断と矛盾抵触することはなく、審理が重複することもない。したがって、反訴において上記相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨に反するものとはいえない。このように解することは、民法508条が、時効により消滅した債権であっても、一定の場合にはこれを自働債権として相殺をすることができるとして、公平の見地から当事者の相殺に対する期待を保護することとした趣旨にもかかなうものである。」

（iii）検討

（1）本判決の要旨

平成27年判決において、最高裁は、同一手続における訴え先行型について、本訴で請求債権の全部または一部が時効により消滅したと判断されることを条件として、反訴において、時効消滅した債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張することができる、と判

示した。

(2) 本件の特徴

本件事案は、平成18年判決の事案における本訴と反訴が入れ替わった形に見える。⁽⁷⁸⁾ 本判決において、最高裁が、平成18年判決で採られた予備的反訴という法律構成は採用せず、本訴の「判断を前提に、同時に審判される反訴」とするに留まっている点は、注目に値する。

また、最高裁は、Xによる相殺の抗弁の提出を、重複訴訟の禁止に抵触せず適法である、と判示している。結論のみに着目すれば、平成3年判決との整合性はないとも考えられることから、この点について検討・分析する必要がある。

(3) 学説の評価

本判決の事案および結論は、平成18年判決と同様、典型的な訴え先行型のそれではない。しかし、本判決も、平成3年判決を基本的に前提としているとの理解が、学説の多数を占めている。⁽⁷⁹⁾ また、平成27年判決の、相殺を許容するとの結論に対する異論も、ほとんど見られない。⁽⁸⁰⁾ 同一手続内であれば、訴訟不経済や審判の矛盾抵触が生じる危険はほぼなく、相殺の抗弁を不許とする必要性が乏しいから、という理由づけも、平成18年判決と基本的に同様である。⁽⁸¹⁾

(78) 純然たる訴え先行型の事案でないことから、杉本・前掲注(19)240頁は本件事案を“本訴先行型”と表現している。平成18年判決と“反対形相となる事案”と表現するのは、松村・前掲注(77)249頁。

(79) 林・前掲注(77)141頁、今津・前掲注(77)144頁、上田(竹)・前掲注(77)124頁、河野・前掲注(77)161頁。相殺許容説の立場から、本件は、平成3年判決以来踏襲されている相殺の抗弁と重複訴訟禁止に関する取扱いに新たな一事例を加えたものとするのは、河野・前掲注(77)161頁。

(80) 宮川・前掲注(77)123頁、我妻・前掲注(77)112頁。

(81) 内田・前掲注(77)158頁、宮川・前掲注(77)123頁。松村・前掲注(77)252頁も同旨か。

とはいえ、平成18年判決の事案と平成27年判決の事案とは、同一ではない。平成18年判決の事案においては、実際の可能性は低いと考えられたにしても、弁論の分離や一部判決は理論的には生じ得たし、生じれば訴訟不経済や審判の矛盾抵触という不都合につながる危険も皆無ではなかった。よって、予備的反訴と解釈することに、それなりの意義が認められた。説
それに対して、平成27年判決の事案においては、その意義は平成18年判決の事案よりも低いと考えられる。平成27年判決の事案では、本訴請求債権は消滅時効にかかっている。よって、審理途中で本訴と反訴の弁論が分離されたとしても、本訴請求債権の時効消滅によって同債権が不存在であることに生じる既判力（114条1項）と、反訴で相殺の抗弁の自働債権として主張された同債権が不存在であることに生じる既判力（同条2項）の両方の既判力は、重複してはいるものの、少なくとも矛盾抵触するものではない。その意味で、平成27年判決の事案のほうが、本訴と反訴が、審理対象たる事実の面でも審理内容の面でも、密接に関連していると言える。それは、審判が矛盾抵触する危険が一層低くなることを意味している、⁽⁸²⁾ と言えよう。

その一方で、平成3年判決を参照・引用しながら、他方で、本訴請求債権が時効消滅したことを条件に同債権が反訴の相殺の抗弁の自働債権として提出されること、本訴請求と反訴請求が制度上分離できないということ、を、当然の前提としている点で、本判決の論理は倒錯している、との批判⁽⁸³⁾もある。確かに、本件事案は、問題とされる継続的金銭消費貸借取引が、

(82) なお、加藤（新）・前掲注(77)78頁は、平成18年判決においては、自働債権が過払金返還請求権、受働債権すなわち反訴請求債権が貸金返還請求権、という同一の金銭消費貸借取引の経過が、審理対象の事実関係になるので、裁判官の手続裁量として、本訴と反訴を分離すべきではない場合である、と指摘する。

(83) 山本（弘）・前掲注(77)29頁、上田（竹）・前掲注(77)124頁。

一連の取引であるか否かの判断によって請求の帰趨が決まるものであり、本訴請求と反訴請求は論理的に両立しない関係にある。よって、このような批判には一理あると認められる。

このような本件事案の特殊性に鑑み、本判決を、本訴と反訴の関係が密接不可分で、弁論の分離が考えられない場合の事例判決と位置づける見解がある。⁽⁸⁴⁾ また、事例判決とまではいかないまでも、本訴請求債権が消滅時効にかかった場合に限るなど、本判決の射程を限定的に捉える見解は少なくない。⁽⁸⁵⁾ このような見解による場合も、平成3年判決が重視する訴訟不経済や審判の矛盾抵触が生じない場合に、平成3年判決と異なる結論を採用することになる。よって、少なくとも同判決との整合性は確保されることになろう。

V 結語

以上、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題に係る判例理論および学説の展開を検討・分析してきた。その作業を通じて得られた知見を要約すると、次のようになる。すなわち、判例・学説は、“訴え先行型については手続の異同に関わらず絶対的に相殺は不許”と判示した平成3年判決を、リーディング・ケースと位置づけ、その後の諸判決の前提とし続けている。しかし、平成3年判決とそれ以降の諸判決との整合性をめぐっては、なお議論が続いている。平成3年判決の変更を求める相殺許容説が有力化する中

(84) 林・前掲注(77)141頁，内田・前掲注(77)159頁。

なお、今津・前掲注(77)144頁は、本訴請求と反訴請求の密接な関連という実体法的側面から、手続法上の弁論の分離を禁止する基礎となる解釈が成り立ち得る、と主張する。実体法的側面の理解がこれで正しいと仮定するならば、実質的に内田・前掲注(77)159頁と大差ないように思われると指摘するのは、松村・前掲注(77)250頁。

(85) 例えば、上田（竹）・前掲注(77)124頁。

で、判例はもとより相殺不許説の論者も、新しく訴え先行型の判決が出されるたびに、平成3年判決との整合性を何らかの形で見出すべく工夫を続けてきた。

しかし、最近では、判例も学説もともに、以前よりも柔軟性をもって個々の事案の処理に対応するようになってきている。本稿の検討・分析によれば、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題について、最高裁は、一方で、平成3年判決の示した絶対的な相殺不許の立場を、少なくとも対外的には相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題に関する支柱として残しつつ、他方で、個々の事案に応じて実質的な考慮をした判断を示す中で、結論の部分から例外の範囲を拡げていつている、と理解することができる。また、学説も、平成3年判決の変更を強硬に主張するに留まらず、個々の事案に応じた柔軟な審判とそれによる平成3年判決の実質的な軌道修正に、拒否反応を示すことなく対応している、との理解が可能である。そのためか、学説上の見解の相違を以前ほど前面に押し出すことなく、当事者の利益に適う、相殺の機能と重複訴訟の禁止の趣旨との均衡点を見出そうとする傾向が、強まってきているように思われる。

最後に、本稿の問題意識に立ち返り、民事訴訟法におけるリーディング・ケース、また先例的価値について、平成3年判決を例として若干の考察を試みる。

平成3年判決において、最高裁は、相殺の抗弁の主張は手続が同一か異なるかに関わりなく不許、という基準を掲げた。この基準の主な正当化事由は、142条の趣旨、すなわち審理の重複による訴訟不経済と審判の矛盾抵触の危険の回避であった。しかし、平成10年判決は、明示的一部請求と残部請求に関する事案でもあった。この事案において、最高裁は、相殺の簡易決済機能や担保的機能についても考慮が必要であるとし、相殺の抗弁の主張を許容する判決を出した。平成3年判決との整合性は、一部請求

債権と残部債権は別個の訴訟物を形成するので審判の矛盾抵触のおそれがない、とすることで維持された。これら2つの判決の事案は、異なる手続における訴え先行型であった。

続いて出された平成18年判決および平成27年判決は、同一手続における訴え先行型であった。平成18年判決は、反訴の請求債権を自働債権とする本訴での相殺の抗弁の主張を許容した。平成3年判決との整合性は、反訴の請求債権に本訴で相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合、当該反訴は予備的反訴に変更される、という解釈を採ることによって導き出された。それに対し、平成27年判決は、本訴の請求債権が時効で消滅したことによって、審判の矛盾抵触の生じる危険がなくなり、相殺の抗弁を不許とする理由がなくなった、と説明することによって導き出された。

このように、平成3年以降の判決およびその評釈においては、平成3年判決との整合性が重要であり、その発見、あるいは整合性ありと認められ得る説明が、事実上不可欠になっている。この点、リーディング・ケースとされる判決がありながら、議論が収束しない状況下において、可及的速やかな確固たる判例理論の確立が最高裁の責務であり、その体系化が学説の責務である、というような焦燥感が生まれていたとしても、不思議はない。

そもそも、重要で必要な整合性とはどのようなものであろうか。私見によれば、判決の整合性とは、結論や理由づけの観点もさることながら、判断の基軸となる視座という観点から計るべきものではないかと考えている。本稿の問題を例にすれば、最高裁は、審判の矛盾抵触が生じる危険性の高さや訴訟経済への影響を、配慮すべき基軸に据えて、それぞれの事案を判断してきた。また、学説は、平成3年判決で示された一般的な基準を出発点として、審判の矛盾抵触や訴訟不経済の防止に加えて、相殺の有する

簡易決済機能や担保的機能を織り込み、それでもなお判例の基軸と乖離しないようにするべく、検討してきた。

相殺の抗弁と重複訴訟の禁止の問題は、142条の類推適用の可否と相殺の抗弁の適法性とが連動していることから、相殺の簡易決済機能や担保的機能と、審理の重複と審判の矛盾抵触の危険の回避との、どちらに軸足を置くかによって、ある程度すんなりと導き出すことが可能である。問題は、これらの要素には優劣関係があるわけではなく、それらを対等なものとして扱いつつ妥当な結論を得る必要があるが、それが実際には極めて難しい、というところにある。

この問題を具現するように、最高裁の各判決は、先例を引用しつつも、それを常に同じように扱ってはいない。最高裁は、意識的であるか無意識的であるかは別として、訴訟不経済と審判の矛盾抵触の危険を最終的な決断要素としつつも、必要に応じて相殺の諸機能の重要性も手続の過程で適宜考慮し、訴訟法と実体法の双方にまたがる相殺の取扱いを行うようになってきている。その意味で、最近の最高裁の対応は、良くも悪くも柔軟性に富むものと言える。もともと、相殺の諸機能と重複訴訟の禁止の趣旨とは、論理的に優劣が明確な関係ではない。したがって、適切な解決のためには、一方で、予測可能性の確保という観点から一定範囲で判断の目安・基準に則って対応しつつ、他方で、それを超えた部分については、事案ごとに諸要素を比較衡量して対応していかざるを得ず、またそれが許されるものとも考える。判例理論が堅固でないということは、実務の必要に即した実際の判断がなされている証とも言えよう。

とはいえ、他の要素を考慮し判断に反映させる可能性を残そうとすれば、予測可能性は相対的に低下することにならざるを得ない。その低下分を補填するためには、本訴の口頭弁論期日および期日外において、裁判所が適切かつこまめに釈明を行って当事者意思をしっかりと確認することが有効

であり、当事者の手続保障の確保につながると考える（149条1項参照）。例えば、本訴と別訴の弁論の併合、相殺の抗弁の撤回、予備的反訴への変更などについて当事者の意思を確認することは、手続保障の観点から望ましく有意義であり、また心証開示との関係からも特に問題はない、と考える。それと同時に、当事者の自律的な判断や行動も要求されて然るべきであろう。予測可能性の低下分の補填を裁判所任せにすることは、自己の権利を実現するための訴訟の主体として受動的に過ぎる上、裁判所の恣意的裁量を招く危険にもつながりかねない⁽⁸⁶⁾。

結局のところ、“確立された判例理論”の内容は、その表現から想像するよりも、多かれ少なかれ相対的たり得るように思われる。裏を返せば、判例理論は、様々な事案を共通の争点でまとめ、1つの正解を作り出すための鋳型のようなものである必要はない。事案の特徴に対応できる遊びの部分、時代に合わせて進化可能な柔軟性があってこそ、判例理論は、適正な手続および結論を導き出し得るものとして、将来へ向けた価値を持ち続けるのではないか。このような発想に決定的な誤りがないと仮定すれば、相殺の抗弁と重複訴訟の禁止に関する判例の進展を見る視点にも、従来とは違う角度や判断が加わるのではないだろうか。

(86) なお、三木・前掲注(8)328-330頁、杉本・前掲注(19)243-245頁、福田剛久『民事訴訟の現在位置』（日本評論社、2017）339頁、山本和彦『民事訴訟法の現代的課題 民事手続法研究Ⅰ』（有斐閣、2016）209-212頁、228-230頁などによる状況分析や考察は、大局的に見て本稿の問題意識および私見と親和性があり、本稿執筆に当たり多くを学び参考とさせていだいた。

Der Streitgegenstand des anhängigen Prozesses und
dessen Anwendung als Aufrechnungseinrede
im gleichen und anderen Prozess

論

Motoko YOSHIDA

説

Diese Arbeit untersucht die Richtigkeit eines Urteils des japanischen Obersten Gerichts und dessen Beurteilung, den sog. „*leading case*“. Das Urteil vom 17.12.1991 hält es für nicht rechtens, eine Forderung gleichzeitig als Streitgegenstand und als Aufrechnungseinrede anzusehen; nicht nur in einem anderen Verfahren, sondern auch im gleichen Verfahren.

Die Autorin analysiert das Urteil, die Rechtsprechung und die Lehre danach. Ihre Analyse bestätigt zwar einerseits den Standpunkt, das Urteil von 1991 formell als *leading case* zu betrachten, andererseits aber auch die neuere Tendenz, die verschiedenen Sachlagen der einzelnen Fälle faktisch in Betracht zu ziehen und, insbesondere bei Fällen im gleichen Verfahren, flexiblere Verfügungen zu erlassen.

Die Autorin stimmt dieser Tendenz zu. Ihrer Meinung nach kann blindes Vertrauen in den *leading case* in der Praxis zu unrealistischen Ergebnissen führen. Sie kommt zu dem Schluss, dass der Wille und die Vorteile der Parteien immer berücksichtigt werden sollten, und dass eine flexible Anwendung oder faktische Veränderung des *leading case* oft nicht schädlich, sondern eher ein Weg zur besseren Praxis und Lehre ist.